

EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE UNA EXIGENCIA ÉTICA FUNDAMENTAL: EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Jesús P. Rodríguez

Universidad de Vigo

SUMARIO: Los derechos fundamentales como derechos históricos. Evolución del derecho a la intimidad. Fundamentación moral. Fundamentación jurídica. El derecho a la intimidad como derecho constitucional.



A doctrina jurídica se ha ocupado detenidamente de este derecho últimamente si bien la mayor parte de los estudios se han realizado desde el análisis estricto del derecho positivo. Por ello, he creído conveniente realizar este trabajo fijándome en una faceta a veces «olvidada» de algunos derechos fundamentales: Por qué surge un determinado derecho y, por lo tanto, a dónde debe conducirse y conducirnos. Este y no otro es el sentido de estas páginas, recordar o subrayar ese proceso que conduce de un derecho subjetivo (*natural* en un principio) a un derecho fundamental ¹.

¹ El trabajo lo realicé gracias a una Ayuda a la investigación concedida por la DGICYT, proyecto PB 89-0205, junto con el profesor doctor José Enrique Bustos y siendo investigador principal el profesor doctor Luis García San Miguel.

«El derecho a la intimidad» es un derecho que presenta ciertas paradojas². A pesar de que se trata de un derecho de los denominados «innatos», que históricamente fueron los primeros en ser recogidos en las Declaraciones de Derechos de finales del XVIII, la realidad es que no lo regularon ni con la denominación actual de derecho «a la intimidad», ni con otra semejante. No se encontraba formulado en estas Declaraciones, como tampoco lo encontramos en las Constituciones que las siguieron en el XIX. Pretendo mostrar, sin embargo, cómo las exigencias éticas que lo fundamentan ya estaban recogidas no en la letra, pero sí en el espíritu de estos primeros procesos constitucionales. A pesar de ello, no es mi intención negar que nos encontramos frente a un derecho fundamental cuya conceptualización y formulación doctrinal es relativamente reciente.

Con la reivindicación de la conciencia individual, de la «independencia privada», la vida privada³, la moral individual, etc., se va abriendo camino a la necesaria constitucionalización del derecho a la intimidad. García San Miguel así lo aprecia y cita como precedente inmediato a la famosa conferencia de Benjamin Constant «La libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos»⁴: «Allí Constant decía contundentemente: “Nuestra libertad debe componerse del goce pacífico y de la independencia privada”. Aunque, la expresión “independencia privada” parece referirse a lo que hoy llamamos intimidad, lo cierto es que Constant no menciona explícitamente este derecho entre los que integran lo que él llama sencillamente *Libertad*»⁵. Sólo ha podido surgir el derecho a la intimidad en el siglo actual y gracias al bagaje cultural depositado en la noción de dignidad humana, así como en la dimensión política y social que a la persona humana le otorgan las corrientes liberales, utilitaristas y socialistas democráticas modernas.

² Recientemente el profesor Rafael DE ASIS ha destacado las contradicciones, zonas de penumbra, «naturaleza dialéctica» presente en la teoría de los derechos fundamentales, en *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate, 1992. En el mismo sentido, para el profesor Martínez de Pisón «el aumento de la intimidad se enfrenta en la realidad a una paradoja. Frente a este anhelo creciente, se produce también un crecimiento de las pretensiones de lo público, del Estado, de la Administración y de otros poderes sociales, por dominar y controlar lo que sucede en la esfera privada», en *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1993, p. 13.

³ Vid. al respecto la completa y bien documentada obra que bajo la dirección de Philippe ARIES y Georges DUBY culmina en 1987: *Histoire de la vie privée*, Ed. du Seuil, París, traducida al español en Taurus, Madrid, 1992 (diez tomos).

⁴ Recogida en Benjamin CONSTANT: *Escritos políticos*, estudio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sánchez Mejía, pp. 257 y ss.

⁵ «Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión», en GARCÍA SAN MIGUEL y otros: *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos y Universidad de Alcalá, 1992, pp. 15 y 16. Con referencia a Constant en el mismo sentido, vid. Helena BEJAR: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988, pp. 41 y ss., que presenta una interesante perspectiva sociológica.

Siendo más preciso, gran parte del aprecio y protección que la cultura jurídica ha brindado a la idea de «dignidad» lo ha sido a título de lo que hoy entenderíamos como derecho a la intimidad. De ahí la importancia de destacar la evolución de la idea de dignidad que «continúa» desde finales del XIX como «derecho a la intimidad».

Efectivamente, la preocupación por el derecho a la intimidad comienza en el siglo actual, y al tiempo de la difusión masiva de información, a través de medios de comunicación cada vez más avanzados. Este paralelismo no es casual, ya que en una sociedad tecnificada, con sofisticados sistemas de difusión, ya sean de forma audiovisual o escrita, la persona humana se encuentra más inerte que nunca frente a posibles abusos en la transmisión de informaciones que afectan a su persona. Además el avance tecnológico plantea nuevos retos a la intimidad en cuanto la posibilidad de recoger estas informaciones o captar imágenes escapa al control del afectado, que puede ser objeto de atención por terceros sin poder percatarse de ello valiéndose de sus «simples» facultades humanas⁶. Esta situación se agrava y se multiplica progresivamente con las nuevas fronteras audiovisuales y la tecnología de los ordenadores y su elevada capacidad de almacenar y distribuir datos personales, profesionales o familiares⁷.

Estas consideraciones, obviamente, no eran posibles en estadios históricos anteriores, siendo, en circunstancias coyunturales distintas, mucho más importantes los problemas derivados de la privación arbitraria de la libertad personal o la interdicción de la tortura.

Con ello quiero destacar cómo la evolución histórica está presente muy especialmente en el derecho fundamental que aquí consideramos, mostrando lo acertado que es comprender que todo derecho fundamental, cualquier derecho fundamental, «es un concepto histórico propio del mundo moderno»⁸.

⁶ Acertadamente lo expone el profesor Pérez Luño cuando escribe que «hoy es posible observar y escuchar a distancia, sin límites de tiempo, de espacio o de modo, se pueden realizar fotografías en la noche, establecer comunicación simultánea de imagen y sonido con distintos lugares gracias a los circuitos televisivos, dejar involuntariamente el testimonio registrado de la propia imagen o de las conversaciones mantenidas e, incluso, se pueden confesar los propios pensamientos sin el uso de la tortura física y casi inadvertidamente», en «Dilemas actuales de la protección de la intimidad», trabajo en prensa, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid.

⁷ En orden a desarrollar el artículo 18.4 de la Constitución y proteger la intimidad de las personas frente al posible abuso informático se dictó la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD). Vid. el pormenorizado trabajo del profesor Lucas MURILLO DE LA CUEVA en *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

⁸ Gregorio PECES BARBA: «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988,

O, dicho de otra manera, «el devenir...[es] ... una variable relevante en la propia definición de los derechos [fundamentales]»⁹.

Para el profesor Peces-Barba «sólo se puede hablar de derechos fundamentales cuando esa moralidad, impulsada por el poder (sólo en las sociedades democrática), hecho fundante básico, se incorpora al Derecho positivo. Este fenómeno de produce en la historia»¹⁰. Por ello es necesario acercarse a la historia de los derechos fundamentales conociendo cómo surgen las sucesivas generaciones de derechos debido al reto que plantean nuevas amenazas a la dignidad o libertad de las personas o cuando aparecen necesidades humanas sin satisfacer¹¹.

La afirmación de Peces-Barba expresa los tres ingredientes básicos que debe contener cualquier explicación de lo que es «derecho fundamental», a saber:

1.º) Exigencia moral que se deriva de la consideración de la dignidad humana.

2.º) Necesidad de que el poder las asuma, las modele y las positivice, de tal manera que pasan a regular jurídicamente la vida social, la conducta de los ciudadanos, vinculando necesariamente también a los mismos órganos de poder, cualquiera que sea su rango. En la medida que el poder se auto-limita¹² y respeta esas esferas de autodeterminación individual podrá ser considerado «Poder Democrático».

3.º) La concepción de los derechos humanos ha ido variando paulatinamente con la evolución de la reflexión moral y de las circunstancias coyunturales que envuelven y determinan las condiciones de vida efectivas de las personas. En definitiva, supone lo que podemos denominar «elemento histórico».

p 227. Este trabajo originariamente fue un artículo para el número homenaje a Joaquín Ruis Giménez, *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1986-1987, pp. 219 y ss.

⁹ L. PRIETO SANCHIS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 22-23.

¹⁰ «Sobre el puesto de la historia...», *Op. cit.*, p. 231.

¹¹ *Vid.*, entre una amplia bibliografía, Ignacio ARA PINILLA: *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990.

¹² *Vid.* Karl LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, especialmente el capítulo XI, «Los derechos fundamentales como limitación al poder estatal», Barcelona, Ariel, 1982, reimpresión de la segunda edición castellana, trad. de A. Gallego Anabitarte, pp. 390 y ss.

Los derechos fundamentales como derechos históricos

Detenernos en el tercer elemento será especialmente útil para mejorar la perspectiva desde la que acercarnos al derecho que aquí consideremos. Después prestará atención a los otros dos elementos apuntados —fundamentación ética y desarrollo jurídico.

Sobrevalorar esta dimensión histórica hasta elevarla a la alta consideración de fundamento de los derechos humanos no es quizá adecuado ¹³. Pero sí que es imprescindible para comprender cómo se realiza la «plasmación normativa de los valores morales», y así Prieto Sanchis expone una tesis que denomina histórica y cuyo planteamiento comparto, «que entiende que la satisfacción de los principios de dignidad, libertad e igualdad no puede cerrar los ojos a las condiciones materiales de existencia y, consiguientemente, a las coordinadas históricas de los sujetos titulares de los derechos» ¹⁴. En un sentido similar se expresa el profesor Elías Díaz cuando señala que la dimensión de historicidad «exige comprender hoy el Derecho en relación necesariamente con la estructura real y los caracteres del modo de producción de la sociedad actual de que, en concreto, se trate» ¹⁵.

No es, pues, mi intención apoyar una fundamentación historicista, sino mostrar cómo la formulación del Derecho a la intimidad, al igual que la del resto de los derechos fundamentales, está determinada por las circunstancias históricas que condicionan al ser humano ¹⁶.

¹³ Sobre este punto, ver Eusebio FERNANDEZ: «Fundamentación historicista. Los derechos humanos como derechos históricos», en *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987, pp. 100 y ss. Creo que destacar la importancia y determinación del avance cultural, social y político en la formación de los derechos fundamentales no es ser historicista.

¹⁴ *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 21-22.

¹⁵ En *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1978, p. 16.

¹⁶ «Esta historificación del sujeto de los derechos humanos exige, de un lado, prescindir de aquella noción de naturaleza ajena a toda experiencia histórica, pero, de otro, requiere también conjugar esa historia con procedimientos racionales de justificación de las pretensiones, intereses o fines que hayan de articularse como derechos básicos», en Luis PRIETO: *Estudios sobre derechos fundamentales*, (op. cit.), p. 52. En cierto sentido, supone los planteamientos de Maquiavelo o Schmitt, que refiriéndose a la política ya nos presentaron un hombre sometido a una naturaleza real distinta de la naturaleza ideal; vid. LEGAZ LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, 5.ª ed., pp. 465 y ss. Sobre si los derechos humanos son un concepto político o científico, ver *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, de Eusebio FERNANDEZ, donde comenta la opinión del profesor Gregorio Robles en el sentido de que es un concepto político. El profesor Fernández señala: «la problemática de los derechos humanos es un contexto político necesariamente, pero, añadido, no solamente político. Parte de la numerosa bibliografía que existe sobre los derechos humanos y los intentos que para su mejor análisis se llevan a cabo demuestran que es ya posible tratar este tema científicamente».

La intimidad se presenta como un derecho fundamental propio y derivado de la dignidad humana, quizá de los que mejor muestran cómo las pretensiones morales que se derivan de la dignidad están mediatizadas en su positivación jurídica por las circunstancias históricas como privadas, relanzan hoy esta dimensión consustancial de la dignidad, alcanzando una relevancia que exige su protección jurídica especial. Norberto Bobbio ha señalado que «... los derechos no nacen todos en un momento. Nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que acompaña inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás, crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien descubre nuevos remedios a su indigencia: amenazas que se desactivan con exigencias de límites al poder; remedios que se facilitan con la exigencia de intervenciones protectoras del mismo poder...» ¹⁷.

Si el xvii es el siglo de la intolerancia y las amenazas a la libertad de conciencia, y como consecuencia, el que pone de manifiesto la libertad religiosa ¹⁸, o el xviii en el que, tras los abusos sobre la vida e integridad física de las personas, destacan la exigencia de derechos procesales ¹⁹, podemos decir que en el xx, ciertos ataques a la dignidad de la persona y a su autonomía moral son atajadas mediante la conceptualización del «derecho a la intimidad».

Si tratamos de encontrar precedentes históricos sobre este derecho fundamental nos encontraremos con que no podremos remontarnos más allá de este siglo ²⁰. En la cultura jurídica anterior, simplemente, se trataba de

p. 100, nota 57. El profesor Fernández hace referencia al trabajo de ROBLES MORCHON: «Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, julio-septiembre, Milano, 1980, pp. 480 y ss.

¹⁷ Introducción a la obra *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, traducción de Rafael de Asís, p. 18.

¹⁸ Ver especialmente el trabajo del profesor J. M. RODRIGUEZ PANIAGUA: «Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa de fines del siglo xvii y la distinción entre moral y Derecho a principios del xviii», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, en homenaje a Joaquín Ruiz Giménez, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1986-1987, pp. 359 y ss. También G. PECES-BARBA: «La filosofía de los límites del poder en los siglos xvi y xvii», en *Libertad, Poder, Socialismo*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 21 y ss.

¹⁹ Ver TOMAS Y VALIENTE: *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos xvi, xvii y xviii)*, Madrid, Tecnos, 1969.

²⁰ Si bien se han querido encontrar vestigios hasta en la época romana, parece que no es una opinión compartida. En el primer sentido, HERRERO-TEJEDOR: «El primer vestigio de tutela a la intimidad aparece en la *lex cornelia de iniuriis* (81 a. C.) a través de su más característica manifestación: la inviolabilidad del domicilio. El *introire vi domum* fue tipificado específicamente como vía de hecho constitutiva de injuria». También encuentra precedentes de la protección a la imagen en Roma «a través de la *iniuria* indirecta: aquella

una exigencia de la dignidad del hombre no positivada. La ya referida lucha por la libertad de conciencia evidencia una clara reivindicación del derecho a respetar su privacidad.

El derecho a la intimidad forma parte intrínseca de lo que es la «dignidad humana». Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en su sentencia 231/1988, de 2 de diciembre (fundamento jurídico núm. 3): «los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar [...] aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la “dignidad de la persona”». Por ello entiendo imprescindible a los efectos de estudiar este proceso de positivación hacer referencia a la evolución de la idea de dignidad.

* * *

La idea de dignidad humana vinculada a aspectos propios de intimidad, privacidad, respeto a la personalidad, etc., es una noción tan antigua como la cultura europea. No estará de más recordar a la Sofística y sus primeras formulaciones negatorias de toda discriminación entre griegos y bárbaros ²¹, Eurípides —y sus críticas a la esclavitud— o Protágoras y el relativismo gnosológico que se advierte en considerar al hombre «medida de todas las cosas» ²². En Cicerón, fino jurista, receptor de la Helenística, del estoicismo, también encontramos ciertas referencias, así en *De Legibus*, especialmente en el libro primero ²³.

Pero es el Cristianismo quien da un impulso definitivo a la idea de dignidad humana y a su reconocimiento universal, «el cristianismo... da [al hombre] una independencia y una dignidad, en cuanto destinado a una vida eterna de unión con Dios, que lo eleva muy por encima de la vinculación al Estado que tenían como perspectiva los griegos y los romanos antes de la asimilación del cristianismo» ²⁴.

que se dirigía sobre ciertos objetos (un retrato por ejemplo)», en *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Colex, 1990, p. 34.

²¹ Como Antifón, «de cuyo tratado *sobre la verdad* se ha conservado un fragmento, afirmó la igualdad natural de los hombres de cualquier estirpe, fundándose en que son las mismas sus necesidades esenciales», en TRUYOL Y SERRA: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Madrid, Alianza Universidad, 1987, 8.ª ed., tomo I, p. 116.

²² *Ibid.*, pp. 119 y ss.

²³ *Ibid.* pp. 71 y ss., especialmente donde fundamenta la alta consideración a la condición humana en que ha sido engendrado con el uso de la razón: libro I, 7, 22, *Las Leyes*, Madrid, IEP, 1970, traducción, introducción y notas de Alvaro d'Ors.

²⁴ RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Lecciones de Derecho Natural como introducción al Derecho*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1985,

Declaraciones de Derechos, Fueros y Libertades, etc., que se suceden en Europa ponen de manifiesto este destacado valor de la dignidad humana y las exigencias intemporales de su respeto ²⁵.

Pero la historicidad de la consideración de la idea de dignidad y de los derechos que de ella se derivan no sólo se evidencia a través de documentos garantistas, sino también, y muy especialmente, a través de las doctrinas sobre los derechos innatos a la naturaleza humana, cuya historia comienza realmente con el iusnaturalismo racionalista, como señala Bobbio ²⁶. La naturaleza (o la dignidad) es presupuesto de unos derechos.

La dignidad de la persona es algo común a todo ser humano, pues «no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo; opiniones o creencias. Es independiente de la edad, inteligencia y salud mental; de la situación en que se encuentre y de las cualidades; así como de la conducta y comportamiento. Por muy bajo que caiga el hombre, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona, con la dignidad que ello comporta» ²⁷.

Evidentemente, la dignidad, al ser consustancial con el hombre, es algo de lo que carecen los seres irracionales, característica que los diferencia esencialmente, y razón propia del nacimiento de pretensiones morales en el hombre. El deber de respeto a la dignidad es fuente de nacimiento de obligaciones positivas y negativas en el prójimo, y entre ellas, de la necesidad de respeto a la intimidad de las demás personas. Del hombre respecto de todo hombre, pues en este punto la igualdad es absoluta. La misma alta cualidad la posee

2.^a ed., p. 26. Podemos citar, por su relevancia como precedente, la *Epístola de San Pablo a los Gálatas*, o las *Homilias sobre el Hexamerón*, de San Juan Crisóstomo —en *El derecho de ser hombre*, antología preparada por la UNESCO, J. Hersch, Ed. Sigüeme, Salamanca, p. 546, traducción de G. Arias Bonet—, o el *Diálogo de la dignidad del hombre*, de Hernán PEREZ DE LA OLIVA —Madrid, Ed. Nacional, 1982, edición preparada por Cerón Puga.

²⁵ Es encomiable la positivación de una común y compartida dignidad humana para españoles e indios, que encontramos en primerísimos documentos jurídicos de la colonización. Podemos citar la Cédula concedida por Fernando el Católico en 1514, que supone una defensa de la reconocida dignidad humana que portaban los indios, o el Decreto de Carlos I sobre la prohibición de la esclavitud sobre los indios. Ver las referencias y el contenido de estos textos y otros semejantes en PECES-BARBA y otros: *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987, pp. 45-56.

²⁶ «Si la doctrina del Derecho Natural es tan antigua como la filosofía occidental, la doctrina de los derechos naturales, que se encuentra en la base de las famosas Declaraciones, es moderna. Una verdadera y propia doctrina de los derechos naturales no aparece por primera vez hasta los escritores del siglo XVII, comenzando por Hobbes...», en *El tiempo de los derechos*, p. 40. Opino con Bobbio que uno de los primeros textos sobre derechos naturales, lo representa el segundo capítulo del *Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil* de LOCKE —*vid.* Alianza Editorial, Madrid, 1990, traducción de Carlos Mellizo, del original de 1690.

²⁷ GONZALEZ PEREZ: *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, p. 25.

cualquier persona. Por eso aquí debemos decir que nadie puede hacer dejación de su dignidad. La dignidad se posee por el mero hecho de ser persona y, por ello, cualquiera que sea el acto realizado, nadie pierde su dignidad, pues para ello debería desposeerse de la condición de ser humano, y mientras conserve la vida, esta hipótesis es imposible. Las capacidades de razonar, de comunicarse, de elegir y de tomar opciones morales son las expresiones en que se concreta esa dignidad.

En el mismo sentido y en el Discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el profesor Peces-Barba se refiere a la dignidad del hombre como un postulado humanista antropocéntrico propio de la cultura occidental y moderna que expresa la especificidad del ser humano «libre, con capacidad de elegir, ser racional, con capacidad de construir conceptos generales, ser moral con habilitación para escoger y asumir un ideal de vida, que puede ser presentado como susceptible de ser universalizable, y ser comunicativo, capaz de diálogo con los otros, y de transmisión oral o escrita de su propia semilla de creación...» ²⁸.

Resulta demasiado amplio y prolijo relatar todos los documentos que recogen la idea de dignidad humana, sobre todo porque creo que su adecuada formulación no se encuentra en la prehistoria de los derechos humanos ²⁹, sino en la historia más reciente ³⁰. Destaca un texto que es seguido o recogido en todas las Declaraciones de Derechos o Constituciones posteriores, y que se considera que ha trascendido su valor declarativo para pasar a ser norma consuetudinaria del Derecho Internacional General. Me estoy refiriendo a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

En el preámbulo de la Declaración de 10 de diciembre de 1948 se dice «... que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad y el valor de la persona humana* y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...»

²⁸ *Ética Pública y Derecho*, publicaciones de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, contestación de Manuel Fraga Iribarne, Madrid, 1993, p. 17.

²⁹ «Los derechos fundamentales nacen con las Constituciones. Ello supone que su acta de nacimiento es precisa: la historia de los derechos fundamentales comienza en 1776, ni antes ni después». No me atrevo a formularlo con tanta rotundidad como el profesor Cruz Villalón, pero sí creo que no es posible hablar propiamente de derechos fundamentales hasta fechas próximas al constitucionalismo, a la Revolución Americana o a la Francesa. Acepto, pues, que hay que referirse a la estricta «contemporaneidad». El trabajo de CRUZ VILLALÓN se titula «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en la obra colectiva *Introducción a los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1988 (tres volúmenes), tomo I, p. 163.

³⁰ Siempre teniendo presente que nos encontramos con distintas «generaciones de derechos», que corresponden a distintas necesidades a cubrir, y de aparición igualmente contextualizada en la historia. Vid. ARA PINILLA: *Las transformaciones...*, op. cit.

(la cursiva es nuestra) ³¹. Supone, pues, la consideración universal de que todo hombre posee una dignidad inalienable como fuente y asidero de derechos.

Esta concepción ya no puede ser propia de una ideología determinada, ni de un grupo social, ni tampoco de un Estado. Esta concepción de la idea de dignidad debe ser compartida universalmente e invocable, pues, para todos los seres humanos, sin ningún tipo de distinción:

«Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros» ³².

Bobbio, en «Igualdad y dignidad de los hombres», considera que si estas palabras no son nuevas, en cuanto fueron ya dichas por los padres de la teoría de los derechos naturales, y recogidas por las Declaraciones de Derechos que preceden a las Constituciones de los Estados liberales modernos, «sí es nuevo el ámbito de validez de sus disposiciones. Son dichas en un nuevo foro, dichas por el más alto órgano representativo de la comunidad internacional. Del ámbito del Estado, pasan también a ser protegidos “contra el Estado mismo”. «Desde la Declaración Universal, la protección de los derechos naturales tiende a tener en sí misma eficacia jurídica y valor universal» ³³.

No nos encontramos con una afirmación tan obvia como aparenta, porque no es cierto que los seres humanos nazcan libres e iguales ³⁴: «Pero esta expresión no debe ser entendida literalmente, debe ser interpretada. Y una vez interpretada, se ve que no es ya tan obvia. Que los seres humanos nacen libres e iguales quiere decir en realidad que deben ser tratados como si fuesen libres e iguales. La expresión no es la descripción de un hecho, sino la prescripción de un deber».

Nada más acertado que creer que nuestra libertad y dignidad igual se apoyan en ninguna otra naturaleza que no sea la «naturaleza ideal [...]

³¹ En PECES-BARBA y otros: *Derecho positivo de los derechos humanos*, op. cit. pp. 275 y 276. «Considerandos» con el mismo sentido se reproducen en los preámbulos de otras Declaraciones de naciones Unidas o en Convenios Internacionales que auspicia, como la Declaración de los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1959), o el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (21 de diciembre de 1965).

³² Artículo 1 de la *Declaración Universal de Derechos humanos*. Vid. *ibidem*.

³³ Artículo recogido en la excelente traducción del profesor Rafael de Asís junto con otros trabajos de BOBBIO sobre derechos fundamentales, en la obra *El tiempo de los derechos*, op. cit., p. 39.

³⁴ *Ibid.*, p. 40.

elevada a criterio supremo para distinguir qué se debe hacer y qué no se debe hacer»³⁵.

Nuestra Constitución, pese a enumerar un amplio catálogo de derechos, no olvida, previo a éste, resaltar el valor de la propia dignidad humana, tronco común de esos derechos, y así dirá en su artículo 10.1: «*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*»³⁶.

El artículo quizá padezca alguna «adherencia innecesaria» como la referencia al respeto a la ley o a los derechos de los demás, algo redundantes. En este sentido se orientó la enmienda 336 del Grupo Socialista que trató de reducir «a lo necesario este artículo»³⁷.

El artículo 10 CE «supone la consagración de la persona y su dignidad como principio rector del Ordenamiento jurídico español»³⁸. No es solamente un principio ético o declarativo, sino que estamos ante una auténtica norma jurídica vinculante tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos —artículo 9.1 CE— que asume todas las consecuencias jurídicas que se derivan de la constitucionalización del alto principio «dignidad humana».

Constitucionalizar el principio de «dignidad humana» supone, además, asumir todo el bagaje político-teórico que posee una noción ética conocida y estudiada desde el pensamiento clásico y respetada por concepciones religiosas y políticas (liberalismo, socialismo democrático, democracia-cristiana, entre las más importantes) como fundamento de derechos inviolables en los hombres. Así se ha mantenido reiteradamente, por autores de indudable solvencia, que ello supuso adoptar por el constituyente una orientación iusnaturalista³⁹.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Este artículo es consecuencia del artículo 13 del anteproyecto constitucional, que decía: «La dignidad, los derechos inviolables de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social, dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás».

³⁷ La enmienda fue defendida por el ponente constitucional, profesor Peces-Barba, tanto en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas como en el Pleno, y pretendía «acentuar el enfoque humanista de la persona», tratando de articular este artículo como soporte de todo el título I. Las frases anteriormente extractadas lo son de la intervención del citado diputado. El tenor literal de la enmienda era el siguiente: «La dignidad, los derechos inviolables de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y social». Ver en PECES-BARBA y PRIETO SANCHIS: *La Constitución Española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres, director, Valencia, 1981, pp 286 y ss.

³⁸ *La dignidad de la persona*, p. 80.

³⁹ Así lo considera GONZÁLEZ PÉREZ, que cita entre otros a García de Enterría y Fernández Rodríguez, Peces-Barba, Lucas Verdú o Pérez Luño, en *La dignidad del hombre*,

Pero, además, la dignidad de la persona se articula como auténtico fundamento del Ordenamiento jurídico, por lo que ha sido calificada como valor superior del Ordenamiento —erróneamente, a mi manera de ver— o como principio general del Derecho —González Pérez— o de una manera más ecléctica como «valor jurídico fundamental» —Tribunal Constitucional ⁴⁰.

Al respecto, Peces-Barba indica: «Creo que la dignidad humana es el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo, y creo que su inclusión entre los valores superiores no es metodológicamente correcta, puesto que éstos son los caminos para hacer real y efectiva la dignidad humana» ⁴¹.

La dignidad es considerada como algo anterior a los derechos, como el tronco del que nacen los derechos.

Evolución del derecho a la intimidad

Como señalé anteriormente, el derecho a la intimidad, así como el de la propia imagen, aparecen muy recientemente. Aunque formando parte de un mismo tronco, los derechos a la inviolabilidad del domicilio y el derecho al honor gozaban de positivación desde épocas anteriores, especialmente el primero ⁴². La razón del nacimiento tan tardío de derechos ligados a la dignidad de la persona se debe, junto al hecho de que las «amenazas» a estos derechos se presentan con los avances tecnológicos contemporáneos, también a que la conciencia de que estamos ante verdaderos derechos fundamentales es muy moderna, siendo una visión superadora de su mera perspectiva civil (derechos de la personalidad) o penal, pasando a adquirir una

p. 81. Evidentemente, no hace falta ser iusnaturalista para hacer este planteamiento, para sostener que el Derecho tiene un fundamento moral, cuya raíz es la idea de dignidad del hombre.

⁴⁰ STC 53/1985, de 11 de abril (fundamento jurídico 8.º). Ver GONZALEZ PEREZ: *Op. cit.*, pp. 86-87.

⁴¹ *Los Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 85-86. También citado por GONZALEZ PEREZ: *Op. cit.*, p. 83.

⁴² El constitucionalismo decimonónico español igualmente recogió el valor «dignidad humana», y ya en la Constitución de 1812 encontramos positivación en un derecho, tronco común con la intimidad, como es la inviolabilidad del domicilio, en su artículo 306. Ver PEREZ LUNO: «Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812», en *Anuncio de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, núm. 2, 1984. Igualmente Juan Ramón DE PARAMO: *La Constitución de 1812*, en colaboración con Rafael Garófano, Diputación de Cádiz, 1983, segunda edición corregida y aumentada, 1987.

dimensión constitucional. Así se produce el paso del simple derecho subjetivo al derecho fundamental, como tendremos ocasión de tratar más adelante.

El término «dignidad» se ha incorporado a la cultura occidental, además, ligado a otro concepto, al de «libertad», mayoritariamente entendida frente al Estado. Efectivamente, y en una zona brumosa entre iusnaturalismo y positivismo ⁴³, Dworkin entiende que los ciudadanos tienen derechos morales contra sus gobiernos. Para este autor, existen unos derechos que se esgrimen frente al Estado, que son «triunfos» frente al Estado, pero no implica ello olvidar la dimensión social de los derechos, no implica olvidar que existen unos derechos sociales que también son fundamentales. Pero en ambos casos no son tan importantes como los estrictamente «individuales» ⁴⁴.

En definitiva, la constitucionalización del derecho a la intimidad se debe a que las exigencias éticas de protección de un ámbito de autodeterminación propio que se plasman en la conceptualización de este derecho, y que se presentan como derivaciones de la propia idea de dignidad humana, se conjugan con nuevas exigencias sociales que pretenden proteger la individualidad humana de intromisiones ilegítimas cada vez más posibles y factibles, según avanza la tecnología audiovisual y de los medios de comunicación y —por qué negarlo— el interés social de conocer más y mejor sobre ciertas personas —derecho a la información y derecho a estar informado.

Pues bien, ésta es la situación que se da a finales del siglo pasado y comienzos del actual cuando la doctrina constitucional y civilista comienza a reclamar la existencia de un derecho, autónomo, que proteja la intimidad.

La práctica unanimidad de los trabajos que en España se han publicado sobre el origen del derecho a la intimidad consideran que éste surge en el ámbito norteamericano y como consecuencia del artículo de Samuel D. Warren y Luis D. Brandeis, que se publicó el 15 de diciembre de 1890 en la *Harvard Law Review* con el título «The right to privacy» ⁴⁵.

⁴³ Calsamiglia estima que Dworkin «no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural que está construido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables», en el prólogo «Ensayo sobre Dworkin», en R. DWORKIN: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, 2.ª ed., traducción de Marta Guastavino. Sin embargo, Luis PRIETO, en una reciente obra, señala a Dworkin como iusnaturalista, al considerar jurídicos a los principios morales, aunque no se incorporen el Derecho como consecuencia de ajustarse a las condiciones de la regla de reconocimiento. *Vid. Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992, pp. 76 y ss.

⁴⁴ Ver el apéndice a la obra ya citada de Dworkin, y titulado «Réplica a los críticos», *op. cit.*, pp. 412 y ss., especialmente, tal como indica PRIETO SANCHIS, su respuesta a Raz, en *Estudios sobre derechos fundamentales*, p. 32.

⁴⁵ GARCIA SAN MIGUEL: «Reflexiones sobre la intimidad como límite a la libertad de expresión», *op. cit.*, p. 16; HERRERO TEJEDOR: *Honor, intimidad y propia imagen*, p. 35; LUCAS MURILLO: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 57 y ss.; X. O'CALLAGHAN: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad*

La causa originaria del trabajo radica en las continuas intromisiones de la revista *Saturday Evening Gazette*, especializada en ecos de sociedad, en aspectos de la vida privada de la acomodada familia, de la sociedad de Boston, de S. D. Warren.

Los articulistas trataban de crear ambiente científico en torno a un nuevo e independiente «derecho a la intimidad», que debía desgajarse tanto del derecho a la propiedad como del honor. Para Herrero-Tejedor, «Apoyándose en el derecho de la propiedad intelectual y a la creación artística, van configurando la existencia de un derecho a la *privacy* dotado progresivamente de más autonomía»⁴⁶. Además este nuevo derecho no era absoluto, pues «el derecho a la *privacy* no prohíbe la publicación de cualquier materia de interés público o personal». Y hay que matizar según las personas a las que afecte: «Hay personas que pueden razonablemente reclamar como un derecho la protección de la notoriedad que conlleva convertirse en víctimas de la empresa periodística. Hay otras que, en diversos grados, han renunciado al derecho a vivir sus vidas apartados de la observación pública. Materias que hombres de la primera clase pueden pretender con justicia que les conciernen sólo a ellos, pueden en los de la segunda ser objeto de legítimo interés de sus conciudadanos»⁴⁷.

Estoy de acuerdo con Lucas Murillo cuando opina que los elementos que conforman el reseñado artículo siguen formando parte del contenido del derecho a la intimidad y, de ahí, la importancia y la influencia actual de este artículo⁴⁸.

e imagen, Madrid, Ed. de Derecho Privado, 1991, p. 85; por citar entre los más recientes. Quizás haría falta una mayor indagación en la jurisprudencia y doctrina española o continental, pues es posible que nos llevemos sorpresas, encontrando precedentes también aquí.

⁴⁶ La intimidad debe ser protegida de los nuevos ataques que se ciernen sobre ella: «Recientes inventos y métodos de negocios llaman la atención sobre el próximo paso que debe tomarse para la protección de la persona, y para asegurar al individuo lo que el juez Cooley denominó “el derecho a ser dejado en paz”. Fotografías instantáneas y empresas periodísticas han invadido el sagrado recinto de la vida privada y doméstica...», en HERRERO TEJEDOR: *Honor, intimidad...*, pp. 35-36.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 36.

⁴⁸ «En la construcción de Warren y Brandeis son admisibles los siguientes límites que definen los contornos de este nuevo derecho: 1) el derecho a la intimidad no prohíbe la publicación de lo que es público o se caracteriza por ser de interés general; 2) no se prohíbe la publicación de todo lo que, en principio, es privado; 3) probablemente, la ley no amparará la exigencia de reparación cuando la intromisión originada por una revelación verbal no haya causado especiales daños; 4) el consentimiento del afectado excluye la violación del derecho; 5) la *exceptio veritatis* no es admisible como defensa del agresor, y 6) la ausencia de dolo en el editor tampoco puede ser aducida como defensa», en *El derecho a la autodeterminación...*, pp. 60-61.

En Estados Unidos se va deduciendo de las distintas Enmiendas constitucionales, por un proceso lento, de configuración no siempre armónica, un derecho constitucional nuevo, el derecho a la intimidad, siendo esencialmente una construcción jurisprudencial ⁴⁹. Destaca la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *New York Times versus Sullivan*, de 1964, que según García San Miguel «sentó las bases para la regulación de la difamación en su país y ejerció igualmente una gran influencia en la legislación y jurisprudencia de los demás países occidentales» ⁵⁰.

Como señala Lucas Murillo, al ser el modelo americano un sistema de cláusula abierta se facilita y permite la incorporación de nuevos derechos al catálogo de los ya existentes: «Sin embargo, pese a ello, la construcción jurisprudencial de este derecho ha suscitado en los últimos tiempos un encendido debate sobre la capacidad judicial para innovar el ordenamiento jurídico y, en general, respecto de cómo ha de interpretarse la Constitución por los jueces» ⁵¹.

En los derechos continentales la evolución ha sido semejante, es decir, originariamente se trata de una derivación de instituciones de Derecho civil, especialmente de la propiedad inmaterial y el honor, en el ámbito de los llamados en España «derechos de la personalidad» y, en ocasiones, penal —difamación— hasta adquirir una dimensión propia, especialmente gracias al impulso jurisprudencial ⁵².

Las Declaraciones de Derechos y Convenios internacionales, así como las Constituciones redactadas o reformadas en los últimos cincuenta años, han recogido este derecho: así el artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948); los artículos 8 y 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (Roma, 4 de noviembre de 1950); el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966); el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁴⁹ «A partir del texto de la I, III, IV, V, IX y XIV enmiendas, que reconocen derechos de libertad, se habla de la intimidad pero no como algo nuevo que conduce a una categoría autónoma, sino como corolario de los contenidos recogidos en el texto fundamental». L. MURILLO: *Op. cit.*, p. 62.

⁵⁰ «La intimidad como límite...», *op. cit.*, p. 16.

⁵¹ L. MURILLO: *El derecho a la autodeterminación...*, p. 64. Debate que nos resulta familiar por su amplia difusión entre nosotros gracias a las obras de Ronald Dworkin, especialmente *Taking Rights Seriously*, edición española citada.

⁵² Me refiero en este punto a la evolución jurídica, ya que el impulso del consenso ético es impostantísimo y decisivo.

(San José de Costa Rica, 7 de abril de 1970). Entre las Constituciones más recientes, la portuguesa, artículo 26.1, y la española, artículo 18.1.

Fundamentación moral

Entiendo como vano intento el de tratar de cualquier derecho, más aún de los de esa categoría que denominados «fundamentales», sin antes ponernos de acuerdo o, al menos, tratar sobre la «justificación» del mismo. Sólo en la medida en que asumamos unas normas éticas compartidas podremos respetar ese endeble «derecho a la intimidad» ajena. Lo que nos conduce, como señala García San Miguel, «a los problemas centrales de la filosofía moral»⁵³.

Entender la libertad como «autonomía moral» es, quizá, imprescindible para enmarcar el derecho que nos ocupa. Como destaca Bobbio, «la primera prolongación del concepto de libertad se produce con el paso de la teoría de la libertad como no-impedimento a la teoría de la libertad como *autonomía*, cuando se comenzó a entender por «libertad» no ya solamente el no ser impedido por normas externas, sino el darse normas a sí mismo, y, por consiguiente, no tanto el no tener leyes, como entendería Hobbes, cuanto el obedecer a leyes promulgadas por nosotros y para nosotros mismos. Con el concepto de autonomía, la libertad no consiste ya en la ausencia de leyes, sino en la presencia de leyes íntimamente queridas e internamente asumidas»⁵⁴.

Se trata, pues, de la legitimidad democrática del Derecho, que sólo puede existir si está sólidamente apoyada en la libertad: «Todo —también la legitimidad— empieza con la libertad: con la vida y con la libertad; son —creo— los valores y principios básicos»⁵⁵.

El punto de partida más adecuado para fundamentar éticamente el derecho a la intimidad es el del concepto de libertad-autonomía, que fue certeramente formulado por Mill.

Mill destaca en sus obras la necesidad de garantizar la libertad del hombre y su autonomía moral frente a cualquier posible agresión externa,

⁵³ «Reflexiones sobre la intimidad como límite...», *op. cit.*, p. 18.

⁵⁴ *El tiempo de los derechos*, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁵ Elías DÍAZ: *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, Madrid, CEC, 1990, p. 40. En este capítulo podemos encontrar un enfoque que entiendo como el adecuado sobre la verdadera legitimidad democrática.

alertando tanto de la actuación de los poderes públicos, como de las posibles intromisiones de particulares y grupos sociales ⁵⁶. El hombre debe actuar libremente, ajeno a cualquier control extraño, abandonado a su propia iniciativa, especialmente en aquellas zonas en que la sociedad no tiene ningún interés o éste es «indirecto»: «nos referimos a esa porción de la conducta y de la vida de una persona que no afecta más que al propio sujeto, y que si afecta igualmente a otras, lo hace con su previo consentimiento y con una participación libre, voluntaria y perfectamente clara» ⁵⁷, en definitiva, configura una libertad del hombre que requiere «la libertad de gustos y de inclinaciones, la libertad de organizar nuestra vida siguiendo nuestro modo de ser, de hacer lo que nos plazca, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nuestros semejantes nos lo impidan, en tanto que no les perjudiquemos, e incluso aunque ellos pudieran encontrar nuestra conducta disparatada, perversa o errónea» ⁵⁸.

Reivindica radicalmente la privacidad y es por eso que es citada unánimemente por los distintos autores que tratan la fundamentación del derecho a la intimidad. Así, Helena Béjar destaca de Mill que para él «El individuo es el centro de la moral y el receptáculo de la libertad; la sociedad y el Estado son sus potenciales enemigos. La libertad es, así, la realización plena de la individualidad, de un ser que tiene una alta estima de sí mismo y pretende controlar su vida. Pero la realización de la libertad exige un área para su cumplimiento, una zona en la cual el individuo tenga la certeza de que no será molestado por los demás. La libertad es: "... un ámbito que idealmente no tiene obstáculos, un vacío en el que nada me estorba" ⁵⁹.

Efectivamente, en *On Liberty* Mill considera un ámbito del individuo y su libertad regido por reglas propias, en el que no cabe injerencia ni de otros individuos, ni de la sociedad, ni del Estado. Para Mill la libertad es la seguridad de que «lo público» va a respetar el ámbito de mi libertad individual regido por mis propias reglas, autorregulación independiente de las reglas existentes en la vida pública. Como dice Béjar: «El individuo es el centro

⁵⁶ Para GARCIA AÑON: «Existe una toma de conciencia de que este ámbito sagrado del individuo lo es frente a cualquiera que intente perturbarlo, con independencia de la autoridad o legitimidad de su poder», en «Una aproximación al concepto de derecho a la intimidad en John Stuart Mill», *TELOS, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. II, núm. 1, junio, 1993, p. 29.

⁵⁷ MILL: *Sobre la libertad*, Barcelona, Orbis, 1985, de la traducción de Sainz Pulido para Aguilar (1971), introducción y nota biográfica de Rodríguez Huéscar, p. 34.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 35.

⁵⁹ Esta última cita la toma Béjar de I. BERLIN: «La génesis de la privacidad en el pensamiento liberal», *Sistema*, núm. 76, Madrid, p. 70.

del análisis de Mill: la necesidad social de la tolerancia, la defensa de la disidencia y la exaltación de la *privacidad* son los puntos de referencia de su teoría de la libertad» ⁶⁰.

García San Miguel, asumiendo una fundamentación utilitarista del derecho a la intimidad, tiene en Mill una de sus más importantes fuentes de inspiración: «La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien a nuestra propia manera» ⁶¹.

Larenz, por el contrario, se apoya en la filosofía moral de Kant: ⁶². «Todo hombre tiene una pretensión jurídica al respeto de sus semejantes y reciprocamente está obligado a respetar a los demás». Por respeto Kant entiende «el reconocimiento de una dignidad en los demás hombres, que es de un valor que no tiene precio, no hay equivalente, a cambio del cual pueda ser trocado el objeto de estimación» ⁶³.

El hombre debe ser tratado como «fin en si mismo» y no como medio de que servirse para los propios fines. «De aquí deriva para Kant la pretensión de todo hombre al respeto de su dignidad y su obligación de respetar a los demás del mismo modo» ⁶⁴.

En definitiva Larenz considera que el que el hombre tenga «derechos» y consiguientemente deberes es un fenómeno ético: «Sólo el hombre afirma que tiene derecho a comportarse así y que el otro está obligado hacia él a un determinado comportamiento. Porque es persona, puede reconocer que el otro puede exigirle a él el mismo respeto. Y por eso sólo él es capaz de regular sus relaciones sobre la base del Derecho, en lugar de hacerlo sobre la base de la fuerza [...] El hombre tiene derechos y deberes y está en relaciones jurídicas con los demás hombres, porque es persona, esto es, un ser capaz de actuar con autonomía, que está colocado bajo unas exigencias, experimenta unos deberes y soporta por ello unas responsabilidades. Sólo un ser así puede establecer sus relaciones con los otros sobre la base del reconocimiento recíproco y por ello del Derecho» ⁶⁵.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 71.

⁶¹ «Reflexiones sobre la intimidad como límite...», *op. cit.*, p. 18.

⁶² Sobre la aparente tensión-oposición Kant-Mill, ver la introducción a la versión castellana de *El utilitarismo*, Madrid, alianza Editorial, 1984, introducción, traducción y notas de Esperanza Guisán, pp. 9 y ss.

⁶³ Larenz cita la obra de KANT: *Metaphysik der sitten*, segunda parte, cap. 38, en *Derecho Justo*, Civitas, Madrid, 1985 (nueva reimpresión en 1991), traducción de Luis Díez-Picazo, p. 56.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*, p. 57.

De la dignidad del hombre y de la necesidad de ese respeto recíproco, fuente de derechos personales y de obligaciones para terceros, se deriva la posibilidad de una actuación autodeterminada; es lo que Stammler denomina «principios del respeto... que se enderezan a mantener al individuo jurídicamente vinculado por su propio querer en recta libertad y en un destino más justo» ⁶⁶.

Para Larenz, «El principio fundamental del Derecho, del cual arranca toda regulación, es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro y, a consecuencia de ello, de la indemnidad de la persona del otro en todo lo que concierne a su existencia exterior en el mundo visible (vida, integridad física, salubridad) y en su existencia como persona (libertad, prestigio personal). Desde este punto se proyecta una nueva luz sobre la "paz jurídica": es aquel estado en el cual las relaciones entre los hombres no se rigen por el "derecho más fuerte", sino por el principio del respeto recíproco cuyo cumplimiento queda asegurado» ⁶⁷.

Libertad y dignidad están íntimamente relacionadas, de tal forma que sin libertad no hay dignidad, y la dignidad es un presupuesto de la libertad.

Dice Larenz, que sigue en este punto a Ryffell y a Nicolás Martmann, que «en sentido moral es "libre" el hombre que se dicta a sí mismo su ley, que se sabe vinculado por las normas éticas que él reconoce, y que actúa de acuerdo con ellas [...]. Sólo el que por sí mismo, en su conciencia, puede colocarse bajo una ley que regule sus actos, y puede decidir sus actos de acuerdo con dicha ley, tiene libertad en el sentido ético de la palabra» ⁶⁸. Es la libertad en sentido moral de la que habla Peces-Barba, distinguiéndola de la libertad de elección y de la libertad social, política y jurídica ⁶⁹.

Fundamentación jurídica

El derecho a la intimidad lo consideramos un derecho humano al que denominaré «derecho fundamental», porque creo que es un ideal de Justicia que forma parte del sistema de legitimidad propio de una sociedad democrática

⁶⁶ Citado por LARENZ: *Ibid.*, p. 58.

⁶⁷ LARENZ: *Ibid.*, p. 57. Consecuencia primera, como indica más adelante Larenz, es que cada hombre tiene por lo menos un derecho, que le corresponde sólo por ser persona, el derecho al respecto y a la indemnidad de su personalidad, p. 59.

⁶⁸ LARENZ: *Op. cit.*, p. 61.

⁶⁹ *Vid. Curso de derechos fundamentales. I. Teoría General*, en colaboración con los profesores De Asís y Llamas Gascón, Madrid, Eudema, 1991, tercera parte.

avanzada. Por ello, supone un deber moral, convertido en deber político para el Poder, su efectivo reconocimiento jurídico en una norma válida, de rango constitucional. Con lo que se convierte en un deber jurídico. Si bien, conviene aclarar ya en este punto que la positivación del derecho a la intimidad es un deber político para el Poder democrático, pero que una vez positivado, la protección de la intimidad no se proyecta sólo respecto al Poder, sino también respecto a los particulares.

En orden al primer problema que nos plantea esta afirmación, la fundamentación, ha señalado el profesor Prieto Sanchis que «el esfuerzo de fundamentación aparece estrechamente condicionado por la idea que se mantenga acerca del significado y función de los derechos en el entramado jurídico [...] —si bien, continúa recordándonos— lejos de facilitar nuestra tarea, esta constatación la complica considerablemente, pues los derechos humanos o fundamentales carecen de un significado técnico jurídico preciso y bien delimitado [...] debido quizá a su fuerte carga emotiva y a su incuestionable dimensión moral» ⁷⁰.

He elegido el término «Derechos fundamentales» precisamente porque creo que éste es el término adecuado para destacar sus dos caras: la exigencia moral que representan y la positivación propia de todo «derecho» que aspira a ser Derecho ⁷¹. Asumo, pues, la formulación de Peces-Barba según la cual «Derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica» ⁷².

* * *

Pero el derecho fundamental a la intimidad, ¿a qué tipo de modalidad jurídica podemos reconducirlo?

⁷⁰ *Estudios sobre derechos fundamentales*, p. 18.

⁷¹ El uso de este término ha sido difundido entre nosotros por PECES-BARBA, que ya lo utilizó en su libro *Derechos Fundamentales* —Madrid, Gadiana, 1973— y que ahora refuerza y mantiene en su innovador libro, a todos los efectos, *Curso de Derechos Fundamentales. I. Teoría General*, citado.

⁷² *Ibid.*, p. 33. Este libro es el primero de una serie que promete ser fecunda, y era absolutamente necesaria en el panorama jurídico de habla hispana.

Cuando Alf Ross ⁷³ presentaba las evidentes insuficiencias conceptuales e ideológicas que representa cierta terminología jurídica, estimaba que «puesto que tal terminología no puede ser totalmente eliminada de la ciencia del Derecho, cabe preguntarse si no sería posible mejorar su uso. Quizá lo importante no es tanto la terminología en sí misma, como la conciencia de las diversas relaciones que ella revela» ⁷⁴.

Ross sugiere una propia formulación de las conexiones internas de la terminología jurídica en el capítulo titulado «Una terminología mejorada», dentro de las modalidades jurídicas. Pero apoya su sistema en la elaboración propuesta por Hohfeld, en su *Some Fundamental Legal Conceptions, as applied to judicial reasoning* (1913), obra poco conocida en España hasta su traducción por Genaro R. Carrió en 1968⁷⁵.

Los problemas lógicos adquieren además una especial dimensión ideológica en materia de derechos fundamentales. Por ello creo necesario traer a estas páginas los criterios y conexiones de Hohfeld, que entre nosotros han sido adoptados por Atienza ⁷⁶ para, una vez reelaborados, aplicarlos en los criterios clasificatorios de los derechos fundamentales.

En orden a ello, conviene recordar que el Derecho se apoya en un tipo de norma que, al mismo tiempo que otorga derechos a una persona, establece obligaciones correlativas en otras (estructura normativo-atributiva).

Estoy de acuerdo con Ross en que a la hora de enfrentarnos a un «derecho» no debemos conformarnos sólo con la división deber-derecho, ya que esto es «superficial»: «El término “derecho” en sentido subjetivo incluye conceptos tan heterogéneos como facultad, libertad, potestad (competencia) e inmunidad, y no se distingue entre “deber” y las otras modalidades pasivas. Este incompleto análisis en términos de deber-derecho, ha causado la confusión que caracteriza al lenguaje jurídico, tanto en la legislación como en el estudio doctrinario del derecho» ⁷⁷.

⁷³ *On Law and Justice* (1958). Utilizo la traducción castellana de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1977.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 155.

⁷⁵ Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, con nota preliminar del propio traductor. Según relata Carrió en el estudio introducido, el ensayo traducido y otro publicado cuatro años más tarde, con el mismo título fueron reunidos en el volumen *Fundamental legal conceptions*. Prólogo de Artur L. Corbin, en la versión que utiliza el traductor, Yale University Press, segunda reimpresión, 1974.

⁷⁶ «Una clasificación de los derechos humanos», pp. 29-43, en *Anuario de Derechos Humanos*, homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez, núm. 4, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, 1986-87.

⁷⁷ ROSS: *On Law...*, *op. cit.*, p. 162.

Efectivamente, la relación jurídica no obedece a un «único tipo», en cuanto encubre distintas situaciones jurídicas, por encima de la simple relación derecho subjetivo-obligación jurídica. Como destaca Atienza, «uno de los grandes méritos de Hohfeld consiste en desdoblar cada uno de los términos o conceptos ambiguos “derecho subjetivo” y “deber” (u “obligación”) en una pluralidad de ellos para analizar después las relaciones (de correlación y de oposición) existente entre todas ellas [...]. La idea fundamental de Hohfeld consiste en distinguir cuatro tipos de modalidades jurídicas activas (derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad) y otras tantas modalidades pasivas (deber, no derecho, incompetencia y sujeción)» ⁷⁸.

La razón fundamental del problema terminológico, tal y como señala Hohfeld, y por lo que lo hemos traído aquí, es que «la palabra “derechos” (subjetivos) tiende a ser usada indiscriminadamente para cubrir lo que en un caso dado puede ser privilegio, una potestad o una inmunidad, más que un derecho (subjetivo) en sentido estricto» ⁷⁹.

A nuestros efectos sólo nos interesan dos modalidades activas, que son las que tienen relevancia para el derecho a la intimidad: libertad o inmunidad, si bien entiendo que sólo es esta última la que se corresponde con el Derecho vigente:

Si consideramos a la intimidad como *inmunidad*, cabe sólo una fórmula que consiste en que A tiene frente a B una situación de inmunidad respecto de los efectos jurídicos del posible acto X de B por sí, y sólo si B es incompetente (es decir, no tiene potestad) para alterar mediante el acto X la situación jurídica de A. Obviamente, el acto X está prohibido para B ⁸⁰.

Esta es la caracterización más llamativa del derecho a la intimidad, pues supone vedar a terceras personas o a los poderes públicos modificar, alterar o impedir mi derecho de autodeterminación moral. Es decir, supone obligar a los demás a que respeten mi derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad como derecho constitucional

Tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen ser redundantes a la hora de definir el concepto del derecho a la intimidad, pues lo configuran como el derecho que tenemos a lo nuestro, a nuestra autonomía, a nuestra

⁷⁸ ATIENZA: *Op. cit.*, pp. 31-32. Como el mismo autor señala, ha sustituido «privilegio» término empleado por Carrió en la traducción, por «libertad».

⁷⁹ *Ibid.*, p. 47.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 41.

libertad o a nuestra privacidad. Evidentemente son definiciones insuficientes. Un concepto jurídico para ser válido y útil debe ser delimitador de contornos relevantes para que con él puedan explicitar su actuación los órganos políticos y judiciales, así como las personas físicas y jurídicas a las que afecte. Debe ser lo más estricto posible para facilitar, en nuestro caso, la aplicación de categorías civiles o penales. Así como servir igualmente para distinguirlo de otras figuras afines y próximas, histórica y conceptualmente, como los derechos al honor y propia imagen, amén del secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio y libertad de pensamiento, pues entiendo que son derechos fundamentales diferentes, y no la expresión de un único derecho con variados perfiles.

Esta dificultad ⁸¹ apuntada en definir el concepto de «derecho a la intimidad» y que persiste desde la primera conocida ⁸², ha llevado a algunos autores a ni siquiera dar un concepto, o bien a reiterar la dificultad, mencionando alguna definición doctrinal relevante ⁸³, a dar una única definición ⁸⁴, o por último, para Fariñas Matoni, es preferible dar una definición por sus contenidos, que siempre supondrá una lista abierta ⁸⁵. Particularmente suscribo las que entiendo puede ser la de García San Miguel, «La intimidad es el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos» ⁸⁶.

En definitiva, configura espacios invulnerables, libres, sometidos únicamente a la conciencia y voluntad del sujeto, indestructibles ⁸⁷ y donde

⁸¹ Debido, como indica el profesor PEREZ LUÑO, a la «carga emotiva» que acompaña al concepto, en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, p. 327.

⁸² Para Warren y Brandeis era el derecho a estar solo, a la soledad, «The right to be alone».

⁸³ HERRERO-TEJEDOR: *Honor, intimidad y propia imagen*, pp. 78-79, así la de De Cupis, que caracteriza a la intimidad de manera negativa «como aquel modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento ajena de cuanto hace referencia a la persona misma», o, entre otras, la de Rivero: «la vida privada es esa esfera de cada existencia en la cual ninguno puede inmiscuirse sin haber sido invitado».

⁸⁴ «Poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado». Definición dada por ALBALADEJO en su *Derecho Civil*, tomo I, vol. 2, 9.ª ed., Barcelona, 1985, p. 65, cit. por O'CALLAGHAN: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, p. 85.

⁸⁵ *El derecho a la intimidad*, Madrid, Trivium, 1983. Las definiciones que da en las conclusiones, p. 357, son forzadas y redundantes, pues considera que es mejor no dar definición.

⁸⁶ «Reflexiones sobre la intimidad como límite...», *Op. cit.*, p. 18.

⁸⁷ El artículo 1,3 de la L. O. 1/85 los califica de «irrenunciables, inalienables e imprescriptibles».

no pueden —o no deben— entrar ni los poderes públicos, ni el resto de los ciudadanos y grupos sociales ⁸⁸. Y la asumo consciente de que ello supone no sólo situarme en el «bando» de los *pro intimitate* ⁸⁹, sino también de que no existe un único concepto, sino que éste variará según el *status* social, concepción política o sociedad en que se desenvuelvan ciudadanos, jueces u otros agentes sociales que pretendan invocarlo.

Por ello estimo absolutamente acertado constitucionalizar un derecho que preserve nuestra dignidad y nuestra autonomía moral y que sirva de base y asidero para el desarrollo de nuestra personalidad y actuación en sociedad. Sólo así podremos elegir libremente nuestra opción religiosa, orientación política, adscripción a grupos sociales, en definitiva, nuestro compromiso social. También configura, como señalaba el profesor García San Miguel, nuestro derecho al secreto, parcela absolutamente reservada a nuestros gustos y orientaciones en privado, siempre que no afloren al exterior, que no sean exteriorizados voluntariamente ⁹⁰. Recinto sagrado, a donde tienen acceso exclusivamente las personas que conscientemente invitamos, o con quienes compartamos nuestra intimidad.

Formulado de esta manera, parece que estamos ante un derecho fácil de constitucionalizar, pero la realidad es muy distinta, realmente es uno de los que han presentado mayores dificultades y, de hecho, presenta todavía numerosos problemas no resueltos, a pesar de los quince años transcurridos desde la aprobación de nuestra Carta Magna.

* * *

La Constitución española recoge el derecho a la intimidad junto a otros derechos próximos, de tal manera que entre ellos hay un nexo que consiste en tratar de garantizar ciertas esferas de privacidad, siendo derechos que no sólo conceptual, sino también históricamente, han estado próximos. La sentencia del Tribunal Constitucional 110/11984, de 26 de noviembre (fundamento jurídico número 3) lo exponía así: «El reconocimiento explicito en

⁸⁸ En este sentido las excepciones a la protección jurídica de los artículos 2 y 8 de la ley parecen excesivos.

⁸⁹ «Bando» en el que se incluye el catedrático de Alcalá, junto a los profesores Pérez Luño o Bustos, que publican excelentes trabajos en el mismo libro. *Vid. Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Presentación a cargo del prof. García San Miguel, p. 13.

⁹⁰ Si se expresan en público, puede suponer una forma de renuncia expresa (art. 2,2 de la L. O. 1/82), o bien de consentimiento tácito.

un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada, personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad»⁹¹.

El derecho a la intimidad como derecho fundamental debemos contemplarlo dentro del máximo nivel de protección política y jurisdiccional, en cuanto se encuentra dentro de la sección primera, capítulo segundo, del título primero⁹². El texto constitucional recoge el derecho a la intimidad en el artículo 18, en su apartado 1.º, que dice, lacónicamente: «Se garantiza el derecho [...] a la intimidad personal y familiar...»⁹³.

Como señala el profesor Ruiz-Giménez, «Todo valor humano está condicionado de algún modo; y todo derecho tiene una funcionalidad interna y unos límites externos, algunos genéricos, como los derechos de los demás, el bien común, o bienestar social, y la paz, y otros límites específicos»⁹⁴. Pues bien, el derecho a la intimidad no sólo influye en todo el ordenamiento jurídico,

⁹¹ Fue ponente el Magistrado A. Latorre Segura. Está recogida, al igual que un amplio número de sentencias, en PUYOL MONTERO y GENEROSO HERMOSO: *Manual práctico de Derecho Constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación*, Madrid, Ediginer, 1991, 1.043 pp., que recoge sólo jurisprudencia, p. 116.

⁹² Tal como resulta del artículo 53.2 CE. Vid. tanto A. E. PEREZ LUNO: *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1986, especialmente pp. 66 y ss. para las primeras (las denominada «garantías normativas»), y 79 y ss. para la segundas; como PRIETO SANCHIS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, pp. 139 y ss. y 219 y ss., respectivamente.

⁹³ También relaciona el derecho al honor y a la propia imagen. En el apartado 4.º dice: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

⁹⁴ En *Dialéctica de la libertad de comunicación y el respeto a la intimidad*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1991, pp. 11 y 12. Texto de la conferencia con motivo de la entrega de los III Premios a la Investigación sobre Comunicación de Masas.

afectando a otros derechos constitucionales⁹⁵, sino que supone esa importante faceta de ser tanto limite externo o genérico, como «específico»⁹⁶.

En desarrollo del apartado 1.º del artículo 18 fue dictada la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁹⁷. Especial referencia a la intimidad se encuentra en los artículos 1 y 7, apartados 1, 2, 3, 4 y 5. Si bien la Ley realiza un tratamiento unitario de los tres derechos⁹⁸. Lo cual no es del todo comprensible desde un punto de vista sistemático, pues otros derechos relacionados con el secreto, la vida privada, las convicciones religiosas o simplemente morales, el comportamiento social no lesivo del bien público o la paz social, o incluso aspectos penales, tendrían también cabida. Quizá hubiera podido hacerse referencia al 18.2 —inviolabilidad del domicilio, resguardo igualmente de la intimidad—; al 18.3 —secreto de las comunicaciones—; al 16 —libertad de conciencia y religiosa— y al 30 —objeción de conciencia—⁹⁹.

No contamos con más protección que la civil, la penal fracasó con el decaimiento del Proyecto de Código Penal de 1993, que tipificaba una serie de conductas difamatorias. Proyecto que levantó, con razón, una viva

⁹⁵ Así, el artículo 105 de la Constitución que establece que la ley regulará: «b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, a la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». Igualmente será base y presupuesto del que nacerán otros, tal como el de propia imagen.

⁹⁶ El artículo 20, al recoger los derechos a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», establece en el apartado 4. «Estas libertades tienen su limite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Si bien es difícil que colisione con el recto entendimiento de algunos de ellos, pues no habría zonas de superposición.

⁹⁷ Garantizados por los mecanismos judiciales previstos, sucesivamente, por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona y la ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

⁹⁸ El derecho a la propia imagen supone un desarrollo y es complementario del de intimidad. No ocurre lo mismo con respecto al del honor, como evidencia la siguiente afirmación de ESTRADA ALONSO: «Las agresiones contra el honor provocan un daño mayor a la persona y de más difícil reparación. Prueba de ello es que los atentados contra la vida íntima de las personas sólo constituyen atentado contra el honor cuando adquieren un tono de gravedad que hace desmerecer a la persona», o «la regulación conjunta en el Derecho Penal perjudicaba a los derechos humanos importantes como son la intimidad y la propia imagen. Por el contrario el trato unitario en el Derecho Civil ha perjudicado al derecho más importante, el honor», en *El derecho al honor*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 56 y 57, respectivamente. No estoy de acuerdo con jerarquizaciones, ni prevalencias, a la hora de afrontar la difícil problemática de las relaciones entre ambos derechos constitucionales.

⁹⁹ En este sentido LUCAS MURILLO: *Op. cit.*, pp. 80-81.

polémica en cuanto hubiera supuesto un vuelco radical en el sistema español y traslucía tintes próximos a la autoprotección por parte de la clase política ¹⁰⁰. Autoprotección (para parlamentarios) que desafortunadamente se pretendió introducir con la modificación del artículo 2.2 de la LO 1/85 por la LO 3/1985 y anulada por la STC 9/1990, de 18 de enero.

De los textos legales no podemos obtener una configuración definitiva de este derecho. Necesariamente debemos traer a colación tres elementos más. En primer lugar, la jurisprudencia de los distintos Juzgados y Tribunales. En segundo lugar, los usos sociales vigentes en cada momento y lugar. En tercero, las ideas que en esa misma sociedad prevalezcan en cada momento ¹⁰¹. Todo ello no nos aleja demasiado del modelo norteamericano.

Del proceso de constitucionalización reseñado parece deducirse que nos encontramos con un derecho clarificado y de interpretación pacífica. Pero nada más lejos de la realidad. Los problemas que motivaron su nacimiento siguen igualmente vigentes. Cada una de sus aplicaciones es controvertida y supone abrir un nuevo frente. Para el Derecho resulta muy difícil proteger la intimidad de cada ciudadano, pero, al menos, debe intentarlo, no puede renunciar a ello, por grande que sea el reto. Pues una sociedad que no protege, mediante el Derecho, la intimidad personal y familiar es una sociedad donde las libertades individuales se deterioran progresivamente.

Existe una amplia literatura sobre los puntos de colisión con otros derechos, lo que para muchos supone el problema del «alcance». Cualquiera que sea la posición de cada intérprete, es evidente que el derecho a la intimidad debe cumplir una función propia. La de satisfacer las exigencias que hemos venido comentando y para las que fue «constitucionalizado», pero éstas son cuestiones que escapan de nuestras intenciones.

Queda, sin embargo, en el aire, un importante problema propio de este proceso de constitucionalización en el que hemos centrado este trabajo. Es el de saber si el derecho a la intimidad corresponde por igual a todas

¹⁰⁰ La vía penal va abriéndose camino para proteger más adecuadamente atentados al debido respeto a la privacidad. En el ámbito continental podemos citar entre las primeras la reforma introducida por la Ley de 17 de julio de 1970 que modificó el Código Penal francés incluyendo nuevos delitos sobre captaciones ilícitas de palabra e imágenes. *Vid.* especialmente el interesado artículo del profesor LUZON PEÑA: «Protección penal de la intimidad y derecho a la información», en GARCIA SAN MIGUEL y otros: *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, pp. 68 y ss.

¹⁰¹ Según artículo 2.1 de la L. O. 1/82, de 5 de mayo. Entiendo que son referencias, más que a la delimitación civil del artículo 1 CC, a los criterios de legitimidad socialmente extendidos y compartidos en las cambiantes y plurales sociedades en las que vivimos y a las que se aplica la Ley. Interpretación que se ve reforzada por la misma *exposición de motivos*.

las personas, es decir, si todos los ciudadanos, de cualquier clase y condición, lo poseen con igual intensidad.

Creo que la respuesta a este interrogante debe ser negativa. La fuerza jurídica de este derecho está condicionada por la posición subjetiva en que se encuentra la persona. En definitiva, dicho llanamente, me sumo a la opinión, expresada por voces más autorizadas que la mía, de que el derecho a la intimidad no afecta por igual a todos los individuos.

El derecho a la intimidad íntegramente sólo lo poseen los menores, sin menoscabo ni límite de ningún tipo. El problema comienza con los mayores de edad —no incapacitados— y profundiza conforme la persona vaya adquiriendo notoriedad social o sea servidor público. Ello no puede llevarnos a considerar que las «personas privadas» mantengan igualmente incólume su derecho. Primero, porque nadie lo es en estado puro. Segundo, porque puede encontrarse en situaciones en que coyunturalmente sea relevante para el interés público conocer datos puntuales de su vida privada. Pero una vez que han perdido transcendencia social esos hechos, la persona privada «recupera» su pleno derecho a la intimidad.

¿Tienen derecho a la intimidad las personas públicas? Debo partir de una premisa: me refiero a los políticos y quizá, también, a los periodistas ¹⁰². No a los personajes conocidos por otros motivos: deportistas, artistas, intelectuales, etcétera, que a estos efectos, serían «personas privadas».

En una democracia pesa sobre la clase política una servidumbre en ocasiones difícil de sobrellevar por los afectados: sus actuaciones deben ser lo más transparentes posible. Los ciudadanos tienen derecho a saber y conocer aspectos relevantes de su vida que repercutan en la sociedad. Los altos cargos de la Administración deben declarar sus bienes e intereses y sus actuaciones políticas deben clarificarse «con luz y taquígrafos». Todo ello es aceptado sin ningún género de controversias. Podríamos decir que son facetas personales que evidencian un cierto interés público. El problema surge cuando, invocando este mismo interés, queremos saber con quién come o cena ese mismo político, si es irascible, jugador, si bebe mucho o qué deportes practica, entre otros muchos temas. Y se complica extremadamente si la exigencia de conocimiento público y, por lo tanto, de publicidad abarca la religión que profesa y sus ideas morales. Tintes dramáticos adquirirá cuando el observador público se centre en específicos aspectos vitales, conductas determinadas. Por ejemplo, por paradigmáticas, su conducta sexual y con quién la comparte.

¹⁰² Sobre esto también hay distinciones, pues cabría distinguir entre los candidatos y los que gobiernan o representan.

El interés público se convierte, pues, en criterio delimitador de la protección que el Derecho dispensa a nuestra intimidad y es obvio que en el *iter* interior debemos trazar, en algún momento, una línea divisoria. Una frontera que no debe traspasar el curioso ni el informador.

Sobre el «interés público», García San Miguel considera que fundamentalmente pueden darse dos interpretaciones: «Unos entienden por interés público el interés del público, es decir, el deseo que la gente tiene, en principio legítimo, de enterarse de lo que ocurre a su alrededor»¹⁰³. Según este mismo autor, la determinación del interés vendrá dado, en las sociedades capitalistas, por «las leyes del mercado, por si los ciudadanos están dispuestos a pagar por enterarse de algo»¹⁰⁴. Este criterio es, quizá, rechazable, o al menos así lo entiendo, ya que supone quedar a expensas del capricho o de la arbitrariedad de la prensa, de grupos de presión y de los intereses e ideologías que están detrás de los mismos.

El otro criterio consistirá en que sólo se puede informar de aquello «parecido a lo que los clásicos llamaban bien común, lo que afecta a la vida [...] de los ciudadanos»¹⁰⁵. Creo que éste puede ser un criterio más aceptable y próximo a los criterios de legitimidad imperantes en nuestra sociedad. Toda persona tiene derecho a conocer actuaciones de políticos que después le afectarán de una manera o de otra.

Esta es una cuestión que presenta innumerables interrogantes, pues no es fácil concretar aquellas actuaciones de la clase política que repercutirán en la vida de los ciudadanos (contribuyentes).

Como criterios asumo los siguientes:

1.º) Los particulares deben someterse tajantemente a lo establecido por la LO 1/1982, artículo 7.º, apartados 1.º al 4.º y, en general les está vedado, en virtud del derecho constitucional a la intimidad, cualquier intrusión del género que sea en la vida privada de los demás, salvo expresa autorización (artículo 1.º de la Ley citada).

2.º) La prensa tiene la obligación de informar verazmente de todo aquello que condicione la conducta, el patrimonio y la vida de las personas, entre otros derechos y deberes [artículo 20.1 d) de la Constitución]. Luego éste será el criterio que deban manejar en materia de intimidad. Si su información veraz puede ser imbricada, hilada, relacionada con aspectos que inte-

¹⁰³ «Presentación», en GARCÍA SAN MIGUEL y otros: *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, p. 12.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

resen razonablemente a la opinión pública, podrá airearse. No si carece de esta conexión. Creo que el legislador no puede trazar los límites, éstos son casuísticos. Más bien corresponde a la jurisprudencia. Además, como señala Ruiz-Giménez, «en esta materia ha de operar más que el heterocontrol (el de las leyes y los Tribunales), el autocontrol de la propia conciencia sobre la responsabilidad personal y profesional [de los periodistas...] De otro lado, el esfuerzo de cada ciudadano por no exhibir de forma frívola o narcisista su vida íntima, porque si lo hace, es él quien rompe su intimidad, quien de algún modo quiebra su propia dignidad existencial» ¹⁰⁶.

Por supuesto que sobre la cuestión anterior hay mucho más que hablar y criterios que establecer, así como sobre otros muchos problemas que genera la constitucionalización del derecho a la intimidad. Pensemos que de su colisión con otros derechos resultaría una lista interminable. Incluso con el actual problema de la *Ley del Medicamento* en relación con los ensayos clínicos. Pues si los avances de la investigación y de la medicina genética continúan al ritmo trazado últimamente será necesario que el Derecho intervenga en este ámbito de la intimidad, tanto en el Proyecto Genoma Humano sobre la construcción del mapa genético de la humanidad, como, con las aplicaciones individuales a cada persona, en la acción sobre su integridad genética.



¹⁰⁶ RUIZ-GIMENEZ: *Dialéctica de la libertad de comunicación y el respeto a la intimidad*, p. 25.